

学校编码: 10384

分类号_____密级_____

学号: X2008120128

UDC

厦门大学

_____硕 士 _____学 位 论 文

大调解：法治本土化视野下的实践与反思

The big mediation : the rule of law from the perspective of
localization : practice and reflection

叶志铭

指导教师姓名：卢正敏 副教授

专 业 名 称：法律硕士

论文提交日期：2011 年 11 月

论文答辩时间：2011 年 月

学位授予日期：2011 年 月

答辩委员会主席：_____

评 阅 人：_____

2011 年 月

厦门大学博硕士论文摘要库

厦门大学学位论文原创性声明

本人呈交的学位论文是本人在导师指导下,独立完成的研究成果。本人在论文写作中参考其他个人或集体已经发表的研究成果,均在文中以适当方式明确标明,并符合法律规范和《厦门大学研究生学术活动规范(试行)》。

另外,该学位论文为()课题(组)的研究成果,获得()课题(组)经费或实验室的资助,在()实验室完成。(请在以上括号内填写课题或课题组负责人或实验室名称,未有此项声明内容的,可以不作特别声明。)

声明人(签名):

年 月 日

厦门大学学位论文著作权使用声明

本人同意厦门大学根据《中华人民共和国学位条例暂行实施办法》等规定保留和使用此学位论文，并向主管部门或其指定机构送交学位论文（包括纸质版和电子版），允许学位论文进入厦门大学图书馆及其数据库被查阅、借阅。本人同意厦门大学将学位论文加入全国博士、硕士学位论文共建单位数据库进行检索，将学位论文的标题和摘要汇编出版，采用影印、缩印或者其它方式合理复制学位论文。

本学位论文属于：

（ ） 1.经厦门大学保密委员会审查核定的保密学位论文，于
年 月 日解密，解密后适用上述授权。

（ ） 2.不保密，适用上述授权。

（请在以上相应括号内打“√”或填上相应内容。保密学位论文应是已经厦门大学保密委员会审定过的学位论文，未经厦门大学保密委员会审定的学位论文均为公开学位论文。此声明栏不填写的，默认为公开学位论文，均适用上述授权。）

声明人（签名）：

年 月 日

中文摘要

“大调解”，在法律上并非一种严格的观念或制度，是通过本土化实践被逐渐认可的一种多元化纠纷解决机制。“大调解”是在中国社会转型时期，纠纷呈现现实性与非现实性冲突并存的特征，原有纠纷解决机制不能满足民众日益增长的多元化纠纷解决需求之背景下应运而生的，试图通过整合各种解决纠纷的资源(包括本土和移植)，组织各职能部门和社会力量“齐抓共管”，以达到转型时期纠纷解决之“综合治理”。创新纠纷解决机制既是法治本土化的要求，也是一种社会治理模式“可持续发展”的需要。“大调解”可以缓和冲突，满足当事人的多元化需求，从而起到保护司法资源的作用。“大调解”在表达、具体行动、制度等三种意义上的实践，均体现了创新纠纷解决机制的经验积累。“大调解”在实践过程存在着制度结构与实际运作相背离的情况，对这种背离的协调本身也是一种本土化实践的过程。“大调解”的实践允许纠纷解决制度的移植和本土化二者并存：一方面基于推进法治正当性，防止权力和关系的滥用，移植和继受了一套以法院审判为主的司法解决纠纷机制；另一方面，基于落实法治实惠的要求，对西方过分强调对抗性、区分对错判出胜负进行相应纠正，肯定从解决纠纷出发、强调调解和好的本土传统仍具有现代价值。

关键词：大调解；法治；实践

ABSTRACT

The big mediation, in the law is not a strict concept or system. Through the practice of localization, it has been gradually recognized as a diversity of dispute solution mechanism. Now, in the period of social transformation in China, the dispute is realistic or non-realistic conflict features, and the original dispute resolution mechanism can not meet the people's growing demand of diversified dispute solution. The big mediation is under the background of the emerge as the times require. It is trying to integrate a variety of dispute resolution resources (including native and transplant), and organize each function branch and social forces together, in order to achieve the transition period to solve the dispute. Innovation of dispute settlement mechanism is both legal localization requirements and a kind of social governance mode of sustainable development needs. The big mediation, can alleviate the conflict, and meet the diversified needs of the parties, so as to protect the role of judicial resources. In the expression ,action, system of practice, it reflects the innovation of dispute settlement mechanism of accumulated experience. In the process of practice, The big mediation is the existence of system structure and the actual structure deviates from the situation. the divergence coordination is itself a localization process of practice. The big mediation practice allows both the dispute settlement system of transplantation and localization. On the one hand, for it is based on the advance of "rule by law" and prevent the abuse of power and relations, it transplants and successors to a court trial of judicial dispute resolution mechanism. On another hand, In order to implement the rule of reasonable requirements, it can correct that western judicial system overemphasizes the antagonism and distinguishes the wrongfully convicted victory. The native tradition that stresses to resolve disputes and mediation still has the modern value.

Key words: The Big Mediation; Rule Of Law; Practice

厦门大学博硕士论文摘要库

目 录

引言	1
第一章 大调解之相关理论反思.....	2
第一节 概念.....	2
第二节 理论依据	2
一、社会多元化之要求	2
二、法治本土化之自身需要	2
三、提高社会自我消解纠纷能力之要求	4
第三节 反思	4
一、不同的声音：“大调解”与法治“格格不入”	4
二、评析	5
第二章 大调解之本土化实践路径.....	8
第一节 “大调解”在表达意义上的实践.....	8
一、意义	8
二、“大调解”在表达意义上的实践	8
第二节 “大调解”在行动意义上的实践.....	10
一、以三明市三元区为蓝本	10
二、评析	11
第三节 “大调解”在制度意义上的实践.....	11
一、概述	11
二、人民调解制度的过去与现在	12
三、信访制度的过去与现在	12
第三章 制度结构与实践之背离检讨.....	14
第一节 “背离”之意义	14

一、背离的定义	14
二、从背离到协调	14
第二节 三个“背离”	15
一、诉讼调解：传统自愿原则与实现调解效益要求的背离	15
二、行政调解：纠纷解决机制与实践中功能弱化的背离	16
三、信访：权利制度设计与实际运作中纠纷化解渠道的背离	17
第四章 制度结构与实践之协调完善.....	18
第一节 法院附设 ADR 之可能：诉前强制调解	18
一、ADR 之意义	18
二、我国法院附设 ADR 之设计	18
第二节 规范行政机关的调解功能	20
一、意义	20
二、规范行政调解	20
三、发挥行政复议的纠纷化解能力	21
第三节 认真对待作为本土资源的信访制度。	22
一、意义	22
二、信访制度之改造	22
第四节 促进“大调解”之良性互动	23
一、立法驱动	23
二、合力拉动	23
三、社会推动	24
结语	25
参考文献	26
致 谢	28

Contents

Introduction	1
Chapter 1 the dispute settlement mechanism of legal localization	
theory	2
Subchapter 1 Theoretical basis	2
Section 1 Definition	2
Section 2 Social diversity requirements	2
Section 3 The rule of oneself need localization	2
Section 4 Improve the social self-resolution dispute ability requirements	4
Subchapter 2 Reflect	4
Section 1 Different voices	4
Section 2 Comment on	5
Chapter 2 multiple disputes settlement mechanism Localization	
Practice Path	8
Subchapter 1 " Mediation" in the sense of expression practice	8
Section 1 Significance	8
Section 2 " Mediation" in the sense of expression practice	8
Subchapter 2 " Mediation" in the of action practice	10
Section 1 Sanyuan District Sanming City based on	10
Section 2 Comment on	11
Subchapter 3 " Mediation" in the sense of system practice	11
Section 1 Summary	11
Section 2 The civil Mediation : past and present	12
Section 3 The petition system : past and the present	12

Chapter 3 system structure and practice deviate from 14

Subchapter 1 The significance of deviation..... 14

Section 1 Definition..... 14

Section 2 From deviation to coordinate..... 14

Subchapter 2 Three deviation 15

Section 1 The lawsuit mediation: The voluntary principles and Realization of traditional mediation benefit from.....15

Section 2 Administrative mediation: Dispute resolution mechanism and practice of the weakening of the function of deviation..... 16

Section 3 The petition: Power system design and the actual operation of dispute resolution channels deviate from..... 17

Chapter 4 system structure and practice of coordinate and improve 18

Subchapter 1 Court-annexed ADR may: mandatory pre-trial mediation..... 18

Section 1 The significance of ADR..... 18

Section 2 Our country court-annexed ADR design 18

Subchapter 2 Standardize administrative organs mediation function 20

Section 1 Significance 20

Section 2 Standardize administrative mediation 20

Section 3 Exertion of the administrative reconsideration disputes resolve ability21

Subchapter 3 Seriously as a local resource of the petition system 22

Section 1 Significance 22

Section 2 The letters and visits system transformation 22

Subchapter 4 Promote" mediation" benign and interactive 23

Section 1 Legislation driving..... 23

Section 2 Promoting 23

Section 3 Social motivation	24
Conclusion	25
Acknowledgement.....	26
Bibliography.....	28

厦门大学博士论文摘要库

引言

关于本文所说的“大调解”，在法律上并非一种严格的观念或制度，是通过本土化实践被逐渐认可的一种多元化纠纷解决机制。法治不仅是一种现代社会治理的理念，还是由具体的制度、实践、意识形态及社会关系构成的社会秩序。当前，“大调解”的兴起，受到不少人的质疑，甚至认为是法治的倒退。本文试图通过本土化实践和法治两个层面梳理“大调解”。在本土化实践层面上，“大调解”是基于本土社会与现代法律规则之间冲突的背景下落实法治的实惠而提出的，并通过实践被逐渐认可的一种多元化纠纷解决机制。在法治层面上，“大调解”作为社会治理的重要组成部份，通过调解和司法等多元化纠纷解决机制，及时妥善解决和处理纠纷，使受到损害的权利得到合理救济，合理的诉求得到满足，使法律与社会规范在纠纷解决的过程中不断得到确认与更新。法治不能保证社会不出现纠纷和冲突，也不能忽略通过矛盾和冲突促进社会发展的机会，但是必须通过合理的机制使纠纷与冲突不至冲破法制的堤坝。毕竟，法治社会应能有效解决其内部发生的纠纷、矛盾和冲突，使其不致演化成大规模的动乱、不致频繁激化，不会危及秩序本身。^①更为重要的是，本文还试图从大调解的“实践历史”找寻其制度结构与实践过程与实际运作之间的“背离”，进一步考察、检讨其在实际运作中的效果，并加以协调完善，以期抛砖引玉。

^①徐昕，主编. 司法第一辑——纠纷解决与社会和谐 [M]. 北京：法律出版社，2006. 52-53.

第一章 纠纷解决机制法治本土化之理论反思

第一节 概念

虽然本文所说的“大调解”，在法律上并非一种严格的概念或制度，但仍有必要对其作一个概念上的解释。笔者认为，“大调解”是在国家推动下，依靠社会力量，坚持调解优先，依法调解，整合人民调解、行政调解、信访及司法调解等资源，以期达到逐步实现社会自我解纷之功能的社会治理模式。这个概念可以从两个方面把握。一是“大调解”的内涵问题，特别是与法治的关系，与多元化纠纷解决机制的关系，这是本章讨论的重点。“大调解”作为社会治理的重要组成部分，与多元化纠纷解决机制一脉相承，不仅不排斥司法裁判所应有的功能，还起到保护司法资源的作用。更为重要的是，“大调解”通过发现社会自我解纷能力，力图发挥调解的定分止争作用，及时妥善解决和处理纠纷，使受到损害的权利得到合理救济，合理的诉求得到满足，使法律与社会规范在纠纷解决的过程中不断得到确认与更新，进而实现法治秩序的目的。二是“大调解”的外延问题。笔者拟从“实践”的角度，考察“大调解”是如何通过本土化实践被逐渐认可的，如何架起作为移植的和作为本土的纠纷解决机制之间的桥梁，这将是第二章重点讨论的问题。

第二节 理论依据

一、社会多元化之要求

随着社会主义市场经济体制的建立，社会转型时期的到来，出现了利益主体和社会价值的多元化，各种社会矛盾突出，特别是人均 GDP 达到 1000-3000 美元之间，意味着社会进入矛盾高发期，而且呈现出现实性与非现实性纠纷交错的特点，同时产生了大量可以通过其他社会纠纷解决机制化解的纠纷，如涉及社会公共政策的纠纷等。社会利益的多元化、社会价值的多元化，必然导致社会纠纷的多元化，而且纠纷主体关于纠纷解决方式的选择也是多元化的，这在客观上也要求社会具备多元化的纠纷解决机制。因此，转型时期的中国比任何时期需要开拓多元纠纷解决机制的途径，需要多样、灵活、经济的非诉讼解决争议机制。

二、法治本土化之自身需要

我国作为发展中国家，是通过法律移植实现法制现代化的国家，自然也移植了一套以法院审判为主的司法解决纠纷机制。移植和借鉴西方现代法律制度，借鉴不同背景的新制度，难免存在冲突与排斥，也难免忽略了传统文化与民众的生活方式，不可避免地会产生法与社会的脱节，导致本土社会与现代法律规则的持续冲突。司法正承受着这种冲突的压力。比如，

“信访而不信法”的现象越来越多。按照现有体制安排，很多人也知道他们象皮球一样踢回老家。但是仍有源源不断的人乐此不疲。甚至有学者指出，司法政策方向的调整对民众的“信访不信法”的诉求有推波助澜之势。

“大闹大解决，小闹小解决，不闹不解决。”从而形成了中央越重视上访，上访者越多的困境。^①于是，我们对待法律特别是司法的态度有点像“雨打芭蕉，早也潇潇，晚也潇潇”。^②种了法律，又怨法律啊。因为，近年来中国的经济发展迅速、社会日益开放、立法数量激增、执法力度加大，人们却感到，社会仍然混乱，甚至有愈演愈烈的感觉。作为理念的和由国家推进的“法治”的正当性得到进一步的增强，而法治的实惠却未能落实。^③造成这种状况的根本原因在于，作为一种制度的纠纷解决机制不可能完全靠“变法”或移植来建立，而必须从本土资源中演化创造出来。^④这种本土资源并非只存在于历史中，当代人关于纠纷解决机制的社会实践中已经形成或正在萌芽发展的各种正式或非正式的制度是更重要的本土资源。比如，从传统的民间调解孕育而生的人民调解。比如，信访制度虽不是中国特有的，但其制度设计、制度运作、制度功能以及体现的政治文化和社会意识形态相当“中国化”的。这两种纠纷解决机制的变迁的同时获得人们的接受和认可，甚至产生出当初的创制者难以设想的、几乎是化腐朽为神奇的功用。^⑤

^①汪庆华. 司法信访化趋势值得深思[N]. 南方都市报. 2009-3-4 (5).

^②南怀瑾. 金刚经说什么[EB/OL]. http://buddha.goodweb.cn/diamond/diamond_6_3_15.asp#1x, 1992-06-03/2011-09-28. 这是古人的一首诗，描写一个年轻书生，追求一位小姐，这位小姐窗前种了芭蕉，这个书生就在芭蕉叶上提诗说：“是谁多事种芭蕉，早也潇潇，晚也潇潇”。风吹芭蕉叶的声音，簌簌……吵得他睡不着，实际上，他是在想那位小姐。那位小姐懂了，拿起笔也在芭蕉叶上答复他：“是君心绪太无聊，种了芭蕉，又怨芭蕉”。

^③方流芳. 解读无人领会的语言：公司法第12条第2款的诊断

[EB/OL]. <http://www.lawon.cn/html/20068116527-1.html>, 2006-08-01/2011-09-28. 方流芳教授指出：在当下中国的流行话语和实践中，法治往往被仅仅理解为立法数量的增加，执法力度的加大；往往被视为或侧重于对一个既定目标（现代化）的追求，对一个已定方案（并非法治的细节，而是原则）的贯彻，对一种社会治理模式的靠拢。在这一简单化思维定式的引导下，而这一切问题得到的又是“法治还不健全”这样似是而非的回答。

^④梁治平. 法律的文化解释[M]. 北京：三联书店，1994. 54. 梁治平先生认为，法治必须从本土资源中演化创造出来的一个重要理由，即知识的地方性和有限理性。具体的、适合一个国家的法治并不是一套抽象的无背景的(decontextual)原则和规则，而涉及到一个知识体系。法律之所以属于地方性知识，乃是因为在很大程度上法律是由特定地域、特定时代的人们的所思所想及其客观的生活影响和型塑的，法律是时代精神的体现。在有关法律的文化解释中，梁治平特别提及到物质生活之外的文化因素对法律的意义，他认为：“法律是被创造出来的，而且它是在不同的时间、地点和场合由不同的人群根据不同的想法创造出来的。人们在创造他们自己的法律的时候，就在其中注入了他的想象、信仰、好恶、情感和偏见。

^⑤有关法治及本土资源的详细论证，详见苏力. 法治及其本土资源[M]. 北京：中国政法大学出版社，1996.

三、提高社会自我消解纠纷能力之要求

当前，人员流动变得容易且频繁，农村已经不再是一个村民紧密相连、高度整合的共同生活空间，城市中计划经济时代建立起来的“单位社会”结构正在悄然发生变化。成员从村庄或单位以外获取资源的途径增多，村庄或单位在政治、经济、文化各个领域对其成员的控制力量开始减弱。人们的“成员”意识也在弱化。社会成员对社会的归属感不强，没有形成象社区或者过去的公社、大队、宗族或者单位这样的社会共同体。当纠纷发生时，人们不再把村庄或单位当作首选的解纷者。^①于是，社会自治程度较低状态，决定了社会自我消解纠纷能力低下，使得社会在很大程度上更期待政府提供更多的资源进行公力救济。这就需要社会纠纷解决机制的有效性，要发现和发挥社会自我消解纠纷的能力，防止大量纠纷涌向法院，造成司法超负荷运作。而这种社会自我消解纠纷的重要形式是民间调解（包括人民调解、行业调解），这将在下文着重阐述。

第三节 反思

一、不同的声音：“大调解”与法治“格格不入”

当然，理论上对“大调解”有不同的声音，其中有两种观点相当代表性。一种观点认为，司法过程和司法裁判才是我们最好的“老师”。没有或弱化了这一功能，也就谈不上真正的、充分的法治，以及法治的实现。法院的真实存在的主要价值是裁判，依据事实和法律进行裁判，通过裁判赋予形式法律以生命。调解有助于化解纠纷，但无法达到司法的这一功能。就法院的本性而言，法院当然不是，也不应当是国家的调解机构。^②另一种观点认为，“大调解”适用的法律关系，仅限于普通的民事法律关系，特别是商法领域的案件，如公司法、证券法，以及调整市场经济法律关系的案件，则不适用大调解。“大调解”更适合于农村地区，适合于乡土社会、熟人社会。^③

^①吴英姿. “大调解”的功能及限度[J]. 中外法学, 2008, (2): 309-319.

^②张卫平. “回归‘马锡武’的思考” [J]. 现代法学, 2009, (5): 54.

^③龙宗智. 关于“大调解”和“能动司法”的思考[J]. 政法论坛, 2010, (7): 19.

Degree papers are in the "[Xiamen University Electronic Theses and Dissertations Database](#)". Full texts are available in the following ways:

1. If your library is a CALIS member libraries, please log on <http://etd.calis.edu.cn/> and submit requests online, or consult the interlibrary loan department in your library.
2. For users of non-CALIS member libraries, please mail to etd@xmu.edu.cn for delivery details.

厦门大学博硕士论文摘要库